

**ACÓRDÃO Nº 16/03-29 ABR. 03 - 1ªS/PL
RECURSO ORDINÁRIO Nº 3/03**

EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS – CONCURSO PÚBLICO - AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS – AUTARQUIA LOCAL

SUMÁRIO:

1. A compra de imóveis por parte de um município, construídos mediante expressa solicitação deste, em terrenos de sua propriedade e com o compromisso de imediata aquisição logo que concluídos, é configurável com uma empreitada de obras públicas tanto à luz do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, como à luz da Directiva 93/37/CEE, exigindo, portanto, a realização de concurso público.
2. Ainda que a realidade contratual acima sumariada não configurasse uma empreitada sempre seria exigível o concurso público nos termos do art.º 183.º do Código de Procedimento Administrativo.

Conselheiro Relator
Lídio de Magalhães

Processo nº 2500/2002
Sessão de 29.4.2003

**ACÓRDÃO Nº 16/03-29 ABR. 03 - 1ªS/PL
RECURSO ORDINÁRIO Nº 3/03**

Vem o presente recurso interposto da decisão vertida no Acórdão n.º 102/02, proferido em 12/12/2002, e em que foi recusado o visto à minuta de contrato pelo qual o Município do Peso da Régua pretendia adquirir 30 fogos para arrendamento em regime de renda apoiada.

No referido acórdão, depois de se analisar o quadro legal vigente em matéria de habitação social, concluiu-se que tal quadro permite aos municípios uma de duas coisas: ou construir os fogos ou adquirir os que haja à venda no mercado.

Considerou-se ainda no acórdão recorrido que a Câmara Municipal optou por “fazer uma espécie de síntese” das duas vias referidas.

Analisando a referida “síntese”, considerou o acórdão recorrido que não houve aquisição de habitações no mercado mas, na prática, um ajuste directo, precedido de consulta a duas empresas, um processo que se reconduz directamente ao conceito de empreitada de obras públicas.

Sustentou-se no mesmo acórdão que tendo sido omitido o concurso público, houve assim afastamento desse “elemento essencial à constituição do acto decisório e, por via dele, do próprio contrato, nos termos dos art.ºs 133.º e 185.º do Código do Procedimento Administrativo (...)”.

Daqui resultaria a nulidade que, inquinando também o próprio contrato, o tornaria também nulo, daqui resultando a recusa de visto nos termos do disposto na alínea a) do n.º 3 do art.º 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

Recorre agora a Câmara Municipal em recurso do qual se transcrevem as respectivas conclusões:

- “1ª - O contrato submetido a visto é um contrato de compra e venda de fogos construídos, apoiado pelo INH;
- 2ª - Não existem, nem actos, nem declaração de vontade nem sequer intenção de qualquer dos intervenientes que permita ao Tribunal concluir estar-se perante um contrato de empreitada;
- 3ª - O contrato celebrado com o INH abrange a título excepcional a aquisição, não sendo contratualmente obrigatório, nesta opção, a Câmara escolher os fogos ou o vendedor através de concurso público;
- 4ª - A decisão impugnada fundamenta-se em factos que não correspondem à realidade, e o contrato apresentado para visto é legal e não viola qualquer disposição legal que impeça o visto, pelo que, deve ser revogada e substituída por outra que conceda o visto e permita o cumprimento do contrato promessa de aquisição de fogos, celebrado de boa fé pelas partes, fogos estes especialmente construídos (e concluídos) com as características necessárias para serem adquiridos no regime jurídico de

apoio à erradicação de casas insalubres e ao abrigo do protocolo existente.”

Nos termos legais foi o processo submetido a parecer do Ministério Público, no qual o Exmo. Procurador-Geral Adjunto depois de referir a ilegalidade – com eventuais repercussões financeiras – resultante da cedência do direito de superfície sem concurso (com violação do art.º 29.º, n.º 2, do Dec. Lei n.º 794/76, de 5 de Novembro) considera que, no caso, estamos perante “os elementos próprios, característicos e típicos de contrato de empreitada” e não de um simples contrato de compra e venda.

Com base nestas considerações considera o referido parecer dever ser declarado improcedente o recurso, mantendo-se a decisão recorrida.

Corridos os vistos legais, cumpre decidir.

Foi apurada a seguinte matéria de facto:

- 2.1. Em 06/02/2000 foi celebrado entre a Câmara Municipal de Peso da Régua e o INH um Acordo de Colaboração para erradicação de barracas ao abrigo dos Decreto-Lei n.º 228/87, de 6 de Junho, Decreto-Lei n.º 30/97, de 28 Janeiro e Decreto-Lei n.º 197/95, de 29 de Julho.
Nesse Acordo de Colaboração e para efeitos da “construção e ou aquisição de 40 fogos destinados a arrendamento em regime de renda apoiada”, a cláusula 5ª, n.º 2, previa competir ao Município “lançar os respectivos concursos públicos para adjudicação das obras nos termos da legislação em vigor”;
- 2.2. No âmbito do programa municipal de habitação, a autarquia pretendia proceder à construção ou aquisição de 40 fogos destinados a arrendamento, no regime de renda apoiada, a lançar ou adquirir durante o período de 2000 a 2002.
- 2.3. Na sua reunião de 19/09/2000, a Câmara deliberou por maioria celebrar um protocolo com a empresa HAGUES, o que foi aprovado, também por maioria, na Assembleia Municipal de 28/09/2001.
- 2.4. Este protocolo foi antecedido da publicitação no Jornal “O Arrais” e no “Jornal de Notícias” de 25 e 20.05.00, respectiva-

mente, de um anúncio em que o Exmo. Presidente da Câmara tornou pública a sua intenção de “alienar um terreno com projecto aprovado para viabilidade de construção de 30 fogos”, desde logo se comprometendo a adquirir “todos aqueles fogos e ainda mais 10 fogos a construir em terreno e local a indicar pelo concorrente”.

No anúncio indicava-se ainda o preço-base do terreno e projecto: 27.500 contos.

Mais se convidava as empresas e promotores imobiliários a apresentar propostas em 30 dias.

2.5. Em 25/10/2000 foi celebrado **entre a Câmara Municipal e a empresa HAGES**, Sociedade de Construções, Lda., um **Protocolo** para a construção dos referidos 40 fogos, nos termos do qual foi acordado, em síntese, o seguinte:

- a) A empresa obrigou-se a **construir 40 fogos, 30 dos quais em terreno de 4.800 m2 da propriedade da Câmara e 10 em terreno a adquirir pela empresa** no prazo de 90 dias (ponto 1. da cláusula 1ª e ponto 2 da cláusula 3ª);
- b) A Câmara, em contrapartida, vinculou-se a **adquirir** as referidas 40 fracções (ponto 2 da cláusula 1ª);
- c) A Câmara comprometeu-se ainda a **constituir a favor da empresa o direito de superfície sobre o prédio onde iriam vão ser edificados os 30 fogos** (ponto 3 da cláusula 1ª).
- d) A empresa ficou ainda vinculada a concursar a construção dos fogos a uma de duas empresas:
 - Habimarante, Sociedade de Construções, S.A.
 - Manuel Joaquim Caldeira, Lda.e a celebrar com o INH um CDH.
- e) **A Câmara comprometeu-se a adquirir as 40 habitações pelos valores constantes da Portaria** (a que se refere o nº 2 do artº 1 do Decreto-Lei nº 197/95, de 29 de Julho) que estivesse em vigor à data da conclusão dos fogos, no prazo estabelecido no nº 3 da cláusula

terceira, quer as habitações estivessem ou não concluídas dentro daquele prazo (ponto 1. clausula 5ª);

- f) O pagamento dos fogos seria efectuado no acto da celebração da escritura (ponto 1. da cláusula 6ª);
- g) Ao valor final de aquisição dos 30 fogos seria deduzido o valor do direito de superfície (ponto 2. da cláusula 6ª);
- h) O valor devido como **contrapartida do direito de superfície** seria o correspondente ao valor de 2 fogos tipo T2 e de dois fogos T3, aos preços da portaria que estivesse em vigor nos termos e condições definidas no nº 1 da cláusula 5ª (ponto 3. da cláusula 6ª);
- i) A empresa ficaria isenta do pagamento de licenças e taxas com excepção das devidas a entidades exteriores à Câmara Municipal.

2.6. Em 15/01/2001 entre os mesmos outorgantes foi celebrado um contrato promessa de compra e venda de 30 habitações, “na sequência do Acordo de colaboração celebrado entre o Município de Peso da Régua e o Instituto Nacional de Habitação”;

2.7. Em 16/11/2001, na sequência desse Acordo, foi celebrado entre o INH e o município um contrato de comparticipação destinado à **aquisição de 30 fogos**, nos termos do qual INH participaria a fundo perdido com a verba de €692.004,27 (138.734.400\$00).

2.8. Em 23/11/2001 a autarquia contraiu um empréstimo bonificado também para financiar a aquisição destes fogos no montante de €692.004,27 (138.734.400\$00);

2.9. O processo concluiu-se com o contrato de compra e venda, cuja minuta a Câmara remeteu a este Tribunal para visto e de acordo com o qual a **HAGES vende por €1.806.162 à Câmara** “o direito de superfície que tem sobre as fracções autónomas” que fazem parte do prédio urbano em regime de propriedade horizontal sito na Quinta da Azenha, sendo em documen-

to complementar descritas as 30 fracções, 6 no Bloco 1, 6 no Bloco 2, 6 no Bloco 3 (as 18 fracções são T3), 6 no Bloco 4 (3 T4 e 3T2) e 6 no Bloco 5 (3 T4 e 3 T2).

Antes de quaisquer outras considerações convém tornar claro que, para lá de quaisquer argumentos meramente formais, a situação real a considerar pode sintetizar-se da seguinte forma:

- O município do Peso da Régua carecia de um certo número de fogos a fim de satisfazer, em regime de arrendamento, necessidades de habitação dos seus munícipes;
- Com esse fim, a Câmara Municipal solicitou a uma empresa que promovesse a construção de tais fogos, comprometendo-se a adquiri-los logo que concluídos.

É perante esta verdadeira “encomenda” de fogos, completada agora com a sua “entrega”, que nos encontramos e é perante este conjunto contratual que há-de procurar-se o regime legal aplicável no que para aqui importa.

Ora não parece poder duvidar-se – independentemente da denominação que as partes quiseram atribuir, ao longo do processo, à contratação – de que existe uma realidade que configura um contrato de empreitada.

Crê-se, de resto, que os termos em que está redigido o n.º 3 do art.º 2.º do Dec-Lei n.º 59/99 de 2 de Março, são suficientes para abarcar esta realidade contratual ora em análise.

De resto, como tem sido notado em outros acórdãos deste Tribunal, (cfr. entre outros o Acórdão n.º 200/01, proferido em 27/NOV.) a inclusão de contratações como a presente no âmbito da empreitada de obras públicas resulta claramente da Directiva n.º 93/37/CEE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de obras públicas.

Na alínea a) do art.º 1.º dessa Directiva (convindo aqui relembrar que foi expressa intenção do Dec-Lei n.º 59/99 adequar a sua transposição para o direito português) definem-se os contratos de empreitada de obras públicas com os que, a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante, por outro, tenham por objecto (entre outros) “a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante” tem-se entendido

que, realidades como a que está no processo figurada, aí cabem perfeitamente.

Diz, a propósito, o “Guia das regras relativas aos processos de adjudicação dos contratos públicos de obras” (ed. Comissão Europeia, Luxemburgo, 1997, pág. 12) que um caso de realização de obra pode ser, por exemplo, aquele em que, “a obra é” financiada e realizada pelo empreiteiro, que será depois reembolsado pelo comprador”.

E, mais impressivamente, aí se pode ler o seguinte:

“O âmbito de aplicação da Directiva é portanto o mais vasto possível, de modo a abranger todas as formas contratuais a que uma entidade adjudicante possa recorrer para dar resposta às suas exigências específicas.

É oportuno salientar que a Directiva não abrange a simples compra de um bem imóvel já existente, na condição, como é evidente, de esse imóvel não ter sido construído para responder às necessidades indicadas pela entidade adjudicante, que previamente tenha subscrito o compromisso de o adquirir após terminado. Neste último caso, tratar-se-ia, com efeito, de um contrato de promoção imobiliária abrangido pela directiva” (pág. 13 do referido “Guia”, com sublinhados nossos).

Tanto basta para se poder concluir – como se concluiu no acórdão recorrido – pela submissão ao essencial do regime das empreitadas públicas e, assim, à obrigatoriedade do concurso público.

De certo, e no que toca à realização de obra pública não se vê que outras modalidades possam ser escolhidas para além das que vêm alcançadas no n.º 2 do art.º 1.º do já citado Dec-Lei n.º 59/99 – empreitada, concessão ou administração directa.

Mas, de qualquer forma, mesmo que se admita que a Administração não está hoje limitada em geral, por qualquer “números clausus” em matéria de modalidade contratual, a verdade é que o concurso público é a regra, nos termos do artigo 183.º do Código de Procedimento Administrativo.

E, como também se pode concluir no já citado Acórdão n.º 200/01, ainda que estivéssemos no domínio da contratação em regime de direito privado, mesmo aí a Administração Pública está submetida aos princípios fundamentais referidos (cfr. J. J. Canotilho e V. Moreira, “Constituição da

República Portuguesa Anotada”, 3ª edição, pág. 921; v. também J. M. Sêrvulo Correia, “Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos”, Coimbra, 1987, pág. 532).

Também Maria João Estorninho (“A Fuga para o Direito Privado”, 1996, pág. 239) que “a razão pela qual a Administração Pública não pode furtar-se à vinculação dos direitos fundamentais é o facto de ela ser sempre Administração Pública e nunca se transformar em pessoa privada, seja em que circunstâncias for, mesmo quando utiliza forma jurídico-privadas”.

Defende a mesma autora, de resto, que quanto maiores e frequentes forem as “fugas” às formas jurídico-públicas “tanto mais necessário se torna ser absolutamente intransigente na afirmação da sua vinculação aos direitos fundamentais e, nomeadamente, ao princípio da igualdade”.

O mesmo resulta ainda do artº 2º, nº 5, do Código de Procedimento Administrativo, segundo o qual os princípios gerais que norteiam obrigatoriamente a actividade administrativa, bem como as normas que concretizam preceitos constitucionais, são aplicáveis “a toda e qualquer actuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada”.

E qual é a forma procedimental adequada à realização destes princípios?

Para Margarida O. Cabral (“O concurso público nos contratos administrativos”, 1999, pág. 258 e segs.) a questão do respeito pelo princípio da igualdade através do concurso público coloca-se da seguinte forma:

“(…) trata-se de assegurar que todos os cidadãos potencialmente interessados em contratar com a Administração (...) tenham efectivo acesso ao procedimento de contratação e iguais hipóteses de se tornarem co-contratantes”.

“(…) seria de facto impossível à Administração senão por um sistema de público apelo à concorrência trazer ao procedimento todos aqueles que pudessem estar interessados em contratar, até porque nem sequer os conheceria”.

Para esta autora é ainda o concurso público que garante o cumprimento do princípio da imparcialidade (na vertente da ponderação de todos os interesses relevantes – não só públicos mas também privados).

Citamos ainda, da mesma obra (pág. 260):

“Também o princípio da racionalidade na actuação da Administração – e necessariamente o da prossecução do interesse público – implica que, na celebração de contratos administrativos, a Administração faça a melhor escolha, o que significa que esta deverá escolher o co-contratante que melhor seja capaz de satisfazer os fins que conduziram à decisão de contratar” sendo que “a escolha do melhor co-contratante só será possível se a entidade adjudicante conhecer todos os interessados em contratar e puder comparar as suas propostas”

(...)

“Ainda do ponto de vista do princípio constitucional da transparência, o ambiente de publicidade inerente a todo o concurso público e o facto deste permitir um verdadeiro controlo (desde logo, por todos os interessados) das decisões – que implicam escolhas – da entidade adjudicante transformam-no certamente no procedimento de contratação administrativa preferido pela Constituição”.

Podemos assim concluir, seguramente, que, qualquer que seja o ponto de vista pelo qual se observe o conjunto contratual ora em exame, sempre seria obrigatório o concurso público.

E, para além de obrigatório, seria naturalmente útil de todos os pontos de vista, nomeadamente no que respeita à chamada “legitimação da escolha”: “(...) é necessário não só assegurar que seja efectivamente escolhido o melhor, mas igualmente garantir que toda a comunidade acredite que foi feita uma boa escolha, baseada apenas no interesse público e sem a interferência de quaisquer outros factores estranhos” (Margarida O. Cabral, ob. cit., pág. 113).

Ora os argumentos puramente formais invocados pela recorrente não se afiguram com peso suficiente para abalar os princípios e valores que vêm de explanar-se.

Face ao que se referiu, vir esgrimir com argumentos como os que o recorrente invoca (a saber: “não foi (...) formalmente celebrado qualquer contrato de empreitada”, tal contrato não existe porque não houve “qualquer acordo de vontades das partes que possam integrar o seu conteúdo”; dos factos se extrai “apenas uma promessa de aquisição de fogos”) não se mostram com potencialidade para infirmar o decidido.

Na verdade – e como é mais do que óbvio – o “promotor” promoveu a construção de 30 fogos, sob “encomenda” da Câmara Municipal, tendo esta assumido o inequívoco compromisso de os comprar quando construídos.

Isto é, a empresa não construiu para o mercado, mesmo para o mercado da “habitação social”. Construiu, apenas, para satisfazer necessidades municipais e porque lhe foi assegurado que o município as adquiriria.

Esta é a realidade indesmentível e, contra ela, nada podem argumentos puramente formais como os que se alinham em várias alíneas a fls. 3 do recurso e dos quais o primeiro é, lapidarmente, o seguinte: “a autarquia não ordenou a construção; apenas prometeu comprar as fracções”.

Vem a propósito salientar que em parte nenhuma do processo se invocou, uma só vez que fosse, qualquer vantagem que pudesse advir da inexistência de concurso público e da ampla concorrência que necessariamente origina.

Por outro lado, não pode deixar de assinalar-se que a bem pouco ficaria reduzida a obrigatoriedade legal de concurso público nas obras públicas se o regime legal das empreitadas pudesse ser contornado com a celebração deste tipo de contratos.

Termos em que se nega provimento ao recurso, confirmando a decisão recorrida e mantendo a recusa de visto.

São devidos emolumentos.
Diligências necessárias.
Lisboa, 29 de Abril de 2003.

Os Juízes Conselheiros,

Lídio de Magalhães

Ribeiro Gonçalves

Pinto Almeida

O Procurador-Geral Adjunto
Jorge Leal